

LEI N. 11.690/2008:
SOBRE A PROVA CRIMINAL
E A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

Marílio Moreira Leite^{*}

A Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, modificou alguns artigos do Código de Processo Penal relativos à prova testemunhal e pericial.

Sem maior pretensão senão contribuir, com um mínimo, para melhor compreensão das novas normas, passaremos, a seguir, à análise de cada um dos artigos modificados, ressaltando algumas peculiaridades suscetíveis de interpretações diversificadas.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A primeira frase — “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” — era a redação do artigo 157. O acréscimo — “produzida em contraditório judicial” — consagrou na legislação o princípio do contraditório, pelo qual é indispensável a presença do juiz. Aliás, princípio não respeitado em lei posterior, a de n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que, ao criar a absolvição sumária (art. 397), admitiu que o convencimento do juiz tenha por base provas não colhidas sob o contraditório judicial, haja vista o contido no item I, que determina a absolvição quando existir manifesta “causa excludente da ilicitude do fato”.

^{*} Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ao proibir que o juiz fundamente sua decisão em provas colhidas somente nos “elementos informativos”, possibilita, no entanto, que eles possam (tenha-se em conta a expressão “exclusivamente”) dar algum apoio ao que foi obtido judicialmente, nuança admitida há muito tempo, conforme lição de José Frederico Marques (1980, p. 194):

Poderá o juiz basear o seu livre convencimento, para condenar o réu, em peças do inquérito policial? De modo algum, pois o proíbe o artigo 153, § 16, da Constituição. No entanto, se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum*, que se colherem no inquérito, forem tais que gerem a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, complementarmente (e apenas complementarmente), a sua decisão se os fatos apurados no inquérito se entrosarem como dados circunstanciais, a provas colhidas na instrução realizada no processo.

Ao mencionar o artigo 153, § 16, o autor refere-se à Constituição Federal de 1969, de seguinte redação: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. Ou, conforme o decidido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1955, p. 130), há mais de cinquenta anos:

O inquérito policial não é peça inútil no processo, como quer a defesa, salvo quando se prova que foi feito irregularmente, mediante coação ou fraude da autoridade, contra o acusado, as testemunhas ou os peritos. Pelo contrário, constitui valioso elemento informativo, porque colhe os fatos sob o calor ainda dos acontecimentos, diante das feridas ainda sangrando da vítima; porque surpreende o acusado sob a emoção da violência cometida, sem ter tempo de ordenar as idéias para justificar-se; porque apanha as testemunhas refletindo o flagrante real do que viram ou ouviram, sem tempo de tomarem posição no processo, pró ou contra o réu, como geralmente acontece quando, meses depois vem a juízo, já então sob a influência de solicitações de toda a ordem, de conveniências pessoais, de ameaças e até de suborno. No inquérito não há interferência das partes, e se não se demonstrou que a autoridade policial foi facciosa, não há

como negar-lhe valor probante, em consonância com os demais elementos de convicção colhidos em juízo, e com a certeza moral do julgador.

Tenha-se em conta, no entanto, a última parte do referido artigo: “as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Seriam aquelas decorrentes de perícia, em geral não repetíveis, em que o fator tempo é fundamental ao seu exato dimensionamento.

Foi acrescentado parágrafo único ao artigo 155 — matéria que, antes, correspondia ao *caput* —, com a determinação de que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação é repetição da anterior, salvo o constante no item I. Ora, antes de iniciada a ação penal, o juiz não toma conhecimento de atos investigatórios, exceto nas hipóteses de requerimento de prisão preventiva, temporária ou em flagrante. Assim, a “produção de prova antecipada” deverá ser requerida pela parte interessada, contudo não é viável seja determinada de ofício, como constante da última parte do artigo em análise. Aliás, trata-se de complementação ao final do art. 155, “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Por razões óbvias, tal prova, a ser requerida e se deferida pelo juiz, não necessitará do princípio do

contraditório, como por exemplo a escuta telefônica ou a busca domiciliar (Constituição Federal, art. 5º, incisos VII e XI).

O item II é repetição do que já constava no art. 156 em sua antiga redação: cabe ao juiz, antes de proferir sentença, ou no curso da instrução, determinar de ofício “diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Art. 157 – Este artigo, antes com a redação do atual art. 155, passou a ter o seguinte texto: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Tal proibição também está agasalhada pela Constituição da República, no art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Pelo princípio da inadmissibilidade, as provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos, consoante expressamente determinado no art. 157. A preocupação do legislador de que a prova ilícita não tenha nenhuma influência na decisão da causa foi expressa no § 4º, vetado por determinar que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. As razões do veto: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”¹.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas

1 Mensagem n. 350, de 9 de junho de 2008.

e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º Vetado [dizia respeito à proibição de que o juiz que tivesse tomado conhecimento da prova ilícita proferisse sentença. O assunto foi tratado quando analisado o artigo 157].

DO EXAME DO CORPO DE DELITO, E DAS PERÍCIAS EM GERAL

O art. 159 impõe que o exame de corpo de delito seja realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Na antiga redação, sob o mesmo número, era exigido que o exame fosse realizado por “dois peritos oficiais”, sem nenhuma menção a diploma de curso superior.

A exigência de curso superior deveria ser em relação à matéria objeto da perícia. Todavia, não é, haja vista o disposto no § 1º:

Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Ora, se a preferência é com relação às pessoas que possuam curso superior na área específica, a regra geral diz respeito, tão somente, à existência de curso superior. A exigência de curso superior nem sempre se coadunará com o objetivo da perícia, pois, para opinar, por exemplo, acerca de possível defeito em automotor, não raras vezes um mecânico estará melhor habilitado do que um engenheiro mecânico. Tudo dependerá do caso concreto. Tenha-se em conta que perito pode ser qualquer pessoa que tenha conhecimentos específicos sobre determinada área.

§ 2º — Não sendo oficial, o perito deverá prestar compromisso “de bem e fielmente desempenhar o encargo.”

§ 3º — Foi criada a figura do assistente técnico, a ser indicado pelos interessados, se assim o desejarem. Também agora se permite às partes a formulação de quesitos.

§ 4º — O assistente técnico, admitido pelo juiz, funcionará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo.

§ 5º — Em dois itens, este parágrafo enumera o que é permitido às partes em relação à perícia no decorrer do processo judicial:

I – ouvida do perito para esclarecimento ou para resposta a quesitos, dêz que as questões sejam suscitadas com a antecedência de dez dias, respostas que podem ser apresentadas em laudo complementar. O prazo estabelecido é em relação às audiências previstas nos artigos 400 e 531.

II – indicação de assistente técnico (se não o fizerem na fase do art. 159, § 3º), o qual poderá apresentar parecer no prazo fixado pelo juiz ou ser ouvido em audiência.

§ 6º – Se as partes desejarem, o material probatório que serviu de base à perícia, “salvo se for impossível”, será conservado para ser examinado pelo assistente.

§ 7º – Perícias complexas, que abrangam várias áreas de conhecimento, admitem a nomeação de mais de um perito oficial, assim como de mais de um assistente técnico.

Não sendo o perito oficial, aplicar-se-á o disposto no artigo 159, § 1º.

DO OFENDIDO

Art. 201 – O legislador processual penal sempre considerou de suma importância o depoimento do ofendido, tanto que sua ouvida, se

possível, é obrigatória. Presente, “será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”. Competirá ao juiz, como responsável pela regularidade do processo, providenciar tal procedimento. Embora nada exista a respeito, diferentemente do que é prescrito para o plenário do júri (art. 473), as partes deverão ter oportunidade de formular perguntas ao ofendido.

§ 1º — Não comparecendo, sem motivo justo, apesar de devidamente intimado, o ofendido poderá ser conduzido coercitivamente à audiência. Dificilmente essa solução — condução coercitiva — poderá ser concretizada na mesma audiência. Outra, sem dúvida, deverá ser designada.

§ 2º — Impõe-se a comunicação ao ofendido dos “atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem”. A medida tem a finalidade de informar a vítima sobre a situação prisional do réu para que ela, se assim entender, e se for o caso, procure nos órgãos competentes a segurança que lhe é devida.

§ 3º — As comunicações a que se refere o parágrafo anterior devem ser entregues no endereço fornecido pelo ofendido; podem também ser realizadas por meio eletrônico, se o ofendido desejar.

§ 4º — Assegura, na audiência, lugar especial para o ofendido, separado dos demais.

§ 5º — A critério do juiz, o ofendido poderá ser encaminhado “para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”. Evidentemente, é disposição de difícil concretização, salvo no que diz respeito à assistência jurídica, pois o ofensor estará sujeito a indenizar os danos causados pelo crime após a sentença condenatória com trânsito em julgado (art. 91, inciso I, do Código Penal). Assim, o ofensor somente estará

sujeito ao ônus daqueles tratamentos se os problemas forem decorrentes do ato delituoso. Quanto ao Poder Público, não é desconhecido que o serviço prestado nas áreas referidas é ineficiente.

§ 6º — Visa à preservação da “intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido”, admitindo até mesmo “segredo de justiça” com relação a todos os dados ou esclarecimentos que o exponham à sociedade.

DAS TESTEMUNHAS

Art. 210 – Afirmando o óbvio – “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si”, este artigo impõe que, no decorrer das declarações, uma testemunha não ouça o que a outra diz, para evitar qualquer influência no respectivo depoimento. Nessa oportunidade, o juiz esclarecerá acerca do crime de falso testemunho.

Parágrafo único – Também as testemunhas, como o que foi prescrito para o ofendido, deverão ocupar espaço reservado, de modo a garantir a incomunicabilidade.

Art 212 – Diversamente do que ocorria, as partes inquirirão diretamente as testemunhas, sob a fiscalização do juiz, que não admitirá perguntas “que puderem induzir a resposta”, bem como as que “não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

Parágrafo único – Ao juiz caberá, complementarmente, inquirir sobre pontos não esclarecidos.

Contrariamente ao que consta no artigo 473 (redação que lhe deu a Lei n. 11.689/2008), referente à instrução no plenário do júri, quando foi reservado ao juiz papel mais atuante, pois poderá inquirir as testemunhas antes que as partes o façam.

Art. 217 – A videoconferência, medida a que alguns têm restrições, deve ser utilizada no caso de a presença do réu causar “humilhação, temor,

ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento”. A retirada do réu da audiência somente se fará se impossível a inquirição por aquele meio. Facilmente se pode deduzir o exagero de tal disciplinamento, assegurando um direito a quem nada fez para merecê-lo. É mais racional a solução prevista no artigo 497, VI, que atribui ao Presidente do Tribunal do Júri o poder de “mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença”; aliás, similar à antiga redação do art. 217:

Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença de seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

Parágrafo único – Deverão constar do termo a medida determinada bem como as razões que a motivaram.

DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

Art. 386 – Este artigo enumera as causas de absolvição. Foram mantidas as três primeiras, que são:

- “I – estar provada a inexistência do fato;
- “II – não haver prova da existência do fato;
- “III – não constituir o fato infração penal”.

Nova redação foi dada ao inciso IV: “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”.

O inciso V também teve nova redação: “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”.

As causas de exclusão de crime e isenção de pena, antes mencionadas no inciso V, passaram a compor o inciso VI com a nova redação, as quais

devem ser acolhidas se comprovadas, ou mesmo “se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Assim, não basta qualquer dúvida. É indispensável que seja vigorosa, suscetível de levar quase à certeza. Aliás, situação enquadrável no inciso VII: “não existir prova suficiente para a condenação”.

O parágrafo único do artigo 386, no inciso II, que determinava cessação “das penas acessórias provisoriamente aplicadas”, passou a referir-se à cessação “das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas”. É que não mais existem penas acessórias, anteriormente previstas no artigo 67 do Código Penal, as quais poderiam ser aplicadas, antecipadamente, no curso da ação penal (antiga redação do artigo 71 do Código Penal). Agora, o inciso diz respeito às medidas de natureza processual, como por exemplo a prisão preventiva, bem como às providências acauteladoras previstas em lei, tal como na denominada Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, art. 23).

Art. 2º (da Lei em análise) – Ajusta a situação dos peritos não possuidores de diploma de curso superior, permitindo que continuem atuando “exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Juarez de Oliveira. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]; e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v.1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação criminal n. 8.664, da comarca de Videira. Relator: Belisário Ramos da Costa. Florianópolis, 29 de novembro de 1955. Jurisprudência Catarinense — 1955.